



Ministro
Teori Albino Zavascki

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre e doutor pela mesma instituição de ensino. Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na Universidade de Brasília.

Advogado do Banco Central. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Atualmente é Presidente da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Pressupostos de admissibilidade do recurso especial no STJ

“ Sr. Presidente da mesa, Ministro João Otávio de Noronha, dileto amigo e colega do STJ; Sra. Ministra Eliana Calmon, Corregedora-Geral do CNJ; Sra. Ministra Maria Thereza, colega do STJ; Sr. Presidente do TRF da 4ª Região, Dr. Vilson Darós; Ministro Francisco Falcão, Corregedor-Geral da Justiça Federal; senhores Juízes; Sr. Professor Alexander Bruns; senhores professores alemães que nos honram com sua visita ao Brasil; colegas magistrados; demais participantes deste evento:

Gostaria inicialmente de me associar às justas homenagens que são prestadas ao grande Ministro Thompson Flores, que honrou o Supremo Tribunal Federal e a Magistratura do Rio Grande do Sul. Gostaria de manifestar a minha alegria por ter sido convidado pelo Ministro Francisco Falcão para proferir essa palestra sobre recurso especial no sistema normativo brasileiro. Gostaria de manifestar aos coestaduanos a alegria de estar de volta ao Estado de Santa Catarina, especialmente nesta Casa, que ainda tem o cheirinho de nova e que, modéstia à parte, alguma colaboração dei para que se concretizasse. Foi na minha gestão que se projetou essa casa, começaram os primeiros entendimentos no sentido de obtenção de verbas para a sua construção, de modo que é uma alegria enorme vê-la construída, habitada e, certamente, destinada a prestar grandes serviços à Justiça brasileira.

A minha tarefa é falar sobre os requisitos de admissibilidade do recurso especial no sistema normativo brasileiro.

1 Natureza dos recursos extraordinários no Brasil: cassação ou revisão?

Desde logo, gostaria de dizer que os recursos extraordinários no Brasil, de cujo gênero são espécies o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, sofrem há muito tempo de uma severa crise de identidade, até hoje não resolvida. Diria que essa crise de identidade se manifestava desde quando o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, julgava matéria de ofensa à Constituição e ofensa às leis federais.

E essa crise de identidade foi acentuada com a Constituição de 1988, quando houve uma repartição desse recurso, criando-se, ao lado do recurso extraordinário, que, desde então, se destina precipuamente a examinar controvérsias a respeito da aplicação das normas constitucionais, o recurso especial *stricto sensu*, a ser julgado por uma outra Corte, que é o Superior Tribunal de Justiça, encarregada fundamentalmente de julgar controvérsias que envolvem ofensa a normas federais infraconstitucionais.

Falo em crise de identidade porque até hoje e desde sempre nunca ficou bem identificado no sistema brasileiro se esse é um recurso de cassação ou se é um recurso de revisão. A prática tem mostrado que os dois tribunais encarregados de julgar esses recursos ora os tratam como recursos de cassação, ora como de revisão. O texto constitucional não auxilia muito na solução dessa natureza do recurso, porque o texto constitucional, quando fala no recurso extraordinário para o Supremo, diz: “*compete ao Supremo Tribunal Federal julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas*.”¹. A mesma linguagem é usada

quando trata do recurso especial: “*compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso especial as causas decididas*”,² de modo que, até hoje, não se resolveu adequadamente esse problema de saber se, afinal de contas, se julga o recurso ou se julga a causa.

A minha exposição, portanto, embora enfoque os requisitos de admissibilidade, pretende, aproveitando esse ambiente acadêmico e essa tão importante e seleta participação de juízes e estudiosos, discutir, mostrar exatamente essa crise de identidade. Obviamente não vou trazer aqui nenhuma solução porque, se fosse uma solução encontrável facilmente, certamente nós não teríamos uma crise dessa natureza por tanto tempo. De qualquer modo, penso que é um momento oportuno para que se medite a respeito, especialmente às vésperas de uma possível mudança constitucional, justamente em relação ao recurso extraordinário e ao recurso especial, que está sendo proposta pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, a chamada “PEC dos recursos”.

Digo que a Constituição de 1988 não facilitou a solução da natureza dos recursos extraordinários, pelo contrário, de certo modo acentuou essa controvérsia, porque a Constituição de 1988 veio trazer alguns problemas adicionais. Ela, de certo modo, fatiou o julgamento da causa. As causas decididas nas instâncias ordinárias têm seu julgamento eventualmente dividido, repartido entre as Cortes Superiores, de modo que nenhuma das Cortes Superiores, em muitos casos, está habilitada a julgar a causa isoladamente.

Assim, embora a Constituição diga que o Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, julga a **causa**, assim como o Superior Tribunal

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- 2 Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:”

1 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

de Justiça, diante da possibilidade de interposição desses dois recursos simultaneamente, temos muitos casos em que o julgamento da causa não se dá, a não ser de modo fatiado, repartido.

2 Recursos repartidos entre STF e STJ

A repartição dos recursos pode acontecer em duas situações: quando o acórdão do tribunal de apelação tenha duplo fundamento, cada qual suficiente para a mesma pretensão. Por exemplo, a alegação de que o acórdão recorrido aplicou uma norma inconstitucional e, mesmo que fosse constitucional, a norma não teria o sentido atribuído pelo acórdão. Quando se diz isso, propicia-se e, mais do que isso, torna-se indispensável a interposição de dois recursos, de maneira que um vai julgar a constitucionalidade da norma, e, superado isso, ainda não se pode julgar a causa, porque a interpretação da norma considerada constitucional deverá ser feita por outro tribunal.

[...] o recurso extraordinário para o Supremo se destina a tutelar a Constituição, e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça se destina a tutelar o sistema normativo federal.

Temos até uma súmula no STJ – Súmula 126 –³ que diz que, num caso desses, havendo dois fundamentos por si sós suficientes para manter o acórdão recorrido, é preciso a interposição tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário, o que enseja esse fatiamento do julgamento da causa.

A outra hipótese é quando existe duplo fundamento para pretensões diferentes. Por exemplo, quando o recurso extraordinário diz respeito a uma preliminar e o recurso especial diz respeito ao mérito. Ou o inverso: quando o recurso extraor-

dinário diz respeito ao mérito e quando o recurso especial diz respeito à preliminar. Nesses casos, o próprio Código de Processo estabelece que, em princípio, julga-se primeiro o recurso especial; depois, se for o caso, há um julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo.

Eventualmente, quando o recurso extraordinário é prejudicial, sobresta-se o julgamento do recurso especial e determina-se o julgamento do recurso extraordinário. Quando, por exemplo, o recurso extraordinário versa sobre uma questão preliminar e o recurso especial sobre questão do mérito da demanda, ou quando o julgamento do recurso extraordinário diz respeito à pretensão principal e o recurso especial diz respeito aos acessórios dessa pretensão principal. Em todos esses casos há um fatiamento do julgamento da causa, com a repartição de matérias perante dois tribunais, de modo que a Constituição de 1988 não resolveu, pelo contrário, acentuou essa questão de crise de identidade.

Afinal, quando se diz que rejulga a causa, está-se atribuindo ao recurso uma natureza revisional. Agora, quando isso não é possível – como não é possível –, na prática, o que os tribunais têm feito em geral é atribuir ao recurso uma natureza de cassação, ou seja, determina-se que a causa seja novamente examinada pela instância

de origem. Isso como introdução para mostrar que, na verdade, temos um problema antigo no nosso sistema, um problema que era mais fácil de se resolver à época em que havia apenas um tribunal superior encarregado de julgar de modo extraordinário essas controvérsias e que hoje se acentua mais profundamente.

3 Admissibilidade do recurso especial no STJ

Vou falar sobre a questão específica do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, que, de certo modo, reproduz as mesmas questões enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal na técnica e na admissibilidade desses recursos. Os dois são recursos ditos extraordinários por-

3 Súmula 126/STJ: “É inadmissível Recurso Especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

que se destinam fundamentalmente a tutelar o direito objetivo e não o direito subjetivo da parte propriamente dita. Primordialmente, o recurso extraordinário para o Supremo se destina a tutelar a Constituição, e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça se destina a tutelar o sistema normativo federal. Então, trata-se de recursos extraordinários nesse sentido.

Em segundo lugar, trata-se de recursos com a chamada “motivação vinculada”; ao contrário dos recursos ordinários, que têm motivação livre. Motivação vinculada porque, em recurso extraordinário, só se pode alegar ofensa à Constituição Federal; em recurso especial, se pode alegar fundamentalmente ofensa à lei federal.

4 Conceito de *causa decidida* como pressuposto

O recurso especial cabe contra **causas decididas**. Temos uma história no Direito brasileiro, já sedimentada, que foi formada por uma jurisprudência provavelmente numa época em que nunca se atentou muito para essa função uniformizadora dos recursos extraordinários. Firmou-se um entendimento que predomina até hoje, no sentido de que, por causas decididas, se entendem não apenas as causas julgadas de modo definitivo, mas também os incidentes dessas causas, que produzem decisões interlocutórias, de modo que tais decisões ensejam a possibilidade de recurso especial ou extraordinário, embora, a rigor, isso configure uma interpretação ampliativa do que seja **causa decidida**.

Não se considera **causa decidida** aquelas controvérsias que os tribunais resolvem e que têm uma natureza administrativa. Por exemplo, o processamento de precatórios. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm até súmula a respeito – Súmula 733 do STF⁴ e Súmula 311 do STJ⁵ –, que deixam claro que, no

processamento de precatórios, as decisões têm natureza administrativa e não jurisdicional, de modo que não se consideram **causas** para esse efeito.

O mesmo ocorre com as decisões dos tribunais estaduais sobre pedidos de intervenção estadual em município. Também nesses casos se considera, e tem-se aqui a Súmula do Supremo de n. 637,⁶ que trata de processo de natureza administrativa e não jurisdicional. Portanto, o ataque a essas causas ou a essas decisões poderia ser feito, como comumente acontece, por meio de mandado de segurança para o próprio tribunal, com recurso ordinário ou recurso extraordinário, conforme o caso, para as instâncias superiores quando do julgamento desses mandados de segurança.

(Art. 105, III da CF) “*Causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados.*” Tivemos aqui, com a criação dos juizados especiais, uma lacuna importante no recurso especial, porque no recurso extraordinário para o Supremo não se diz que são **causas decididas** pelos **tribunais federais** e pelos **tribunais de justiça**. Quando se fala em recurso extraordinário, a Constituição fala simplesmente em causas decididas em única e última instância. Portanto, para efeito de acesso ao Supremo Tribunal Federal, temos recursos extraordinários das decisões de juizados especiais federais e estaduais, mas tínhamos essa lacuna em relação aos juizados especiais estaduais e federais no que se refere ao recurso especial.

Isso se superou, de certo modo, pela legislação infraconstitucional. Hoje temos, tanto para efeito de juizados especiais federais quanto para juizados estaduais, o chamado “pedido de uniformização de interpretação federal”, que é um sucedâneo de recurso especial, que permite acesso ao STJ para uniformizar interpretação de lei federal, que é, afinal de contas, uma das finalidades mais importantes, essa finalidade uniformizadora que o Superior Tribunal de Justiça exerce.

Diz a Constituição que “*são causas decididas por esses tribunais em única ou última instância.*”

4 Súmula 733/STF: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.”

5 Súmula 311/STJ: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.”

6 Súmula 637/STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.”

Como eu disse, nós incluímos nessas causas as decisões interlocutórias, as decisões de tribunais sobre incidentes do processo. Mais recentemente, está havendo, com toda a razão, uma modificação da jurisprudência do STF e do STJ, pelo menos na minha Turma isso tem acontecido, relativamente à revisibilidade das decisões sobre liminares.

5 RE e REsp contra liminares

Quanto a isso, o Supremo editou a Súmula 735, que diz o seguinte: “*Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.*” Essa Súmula diz menos do que poderia dizer e, em alguma medida, diz mais do que deveria dizer. Ela diz menos, porque as mesmas razões que levam ao não cabimento do recurso extraordinário contra decisão que **defer** medida liminar conduzem ao não cabimento de recurso contra decisões que **não** a deferem.

Por quê? Porque os fundamentos dessa Súmula são os seguintes: o juízo que um juiz ou tribunal faz em liminar não pode ser enquadrado como **causa definitiva**. Não é por se tratar de decisão interlocutória. Porém, quando um tribunal ordinário ou o juiz decide a respeito de uma medida de urgência, uma medida provisória, ele está fazendo um juízo de plausibilidade, sujeito à revisão pelo próprio tribunal ou pelo próprio juízo ordinário. De modo que, se se trata de decisão sujeita a revisão pelas próprias instâncias ordinárias, não se trata de causa decidida definitivamente, nem de um incidente e muito menos do mérito. Desse modo, não cabe recurso especial, e o Supremo diz que não cabe recurso extraordinário das decisões que fazem juízo de probabilidade a respeito do direito federal ou do direito constitucional.

Em um dos precedentes dessa Súmula se fala claramente também do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Os fundamentos são os mesmos, de maneira que aqui está havendo, com toda a razão, uma revisão da ideia tradicional de que se pode interpor recurso extraordinário de decisões que fazem um juízo perfunctório a respeito de determinada norma federal ou constitucional. Como eu disse, na minha Turma, isso

já está mais ou menos sedimentado e, quanto à existência, ou não, do *periculum in mora*, geralmente envolve matéria de fato, da qual também não se pode conhecer, porque matéria de fato não significa ofensa à Constituição ou ofensa à lei federal diretamente.

A Súmula diz mais do que deveria dizer, porque não é também tão absoluta essa limitação de acesso à instância extraordinária em matéria de liminar, especialmente em se tratando de Superior Tribunal de Justiça. Por exemplo: se um juiz defere uma liminar em um caso em que ela está proibida, temos aí uma ofensa à norma que estabelece a regra sobre liminar, não é o direito material que foi objeto de uma apreciação, vamos dizer assim, provisória. Aí é a própria concessão da medida liminar, a própria regra a respeito da sua concessão que foi ofendida, e, em um caso desses, obviamente que vai caber recurso especial.

Temos, portanto, avanços e acho que esse é um avanço importante no sentido de estabelecer os adequados limites. A revisibilidade das medidas de urgência pelos recursos extraordinários deve ser limitada e com toda razão.

6 REsp contra negativa de vigência de lei federal ou tratado

Diz a Constituição sobre o cabimento do recurso especial que este tem lugar em “*casos decididos quando o acórdão recorrido contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência.*” “Contrariar” significa dar um sentido contrário ou negar a sua aplicação, daí a distinção entre contrariar diretamente, dar um sentido, uma interpretação inadequada ou deixar de aplicar, ou contrariar indiretamente, ou seja, dar um sentido, uma interpretação correta, mas aplicar em situação de fato inadequada. Aqui, em geral, o juízo a respeito de ser, ou não, **adequada** à situação concreta incidente da norma não é um juízo de **direito**, mas um juízo de **fato** e aí esbarramos na impossibilidade de revisar puramente fatos.

O conceito de lei federal também é um conceito que tem de ser limitado, não é qualquer norma produzida por um órgão federal, uma fonte normativa federal, que é considerada norma, lei

federal para esse efeito. Considera-se lei federal – eu estou dizendo que se considera baseado no que tem decidido a jurisprudência do STJ e o que decidia a jurisprudência do Supremo – aqueles atos normativos de caráter geral e abstrato produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição. Nós temos fontes normativas produzidas por órgãos que têm tal competência derivada diretamente da Constituição e normas produzidas por órgãos federais por competência não prevista diretamente na Constituição. Somente as primeiras são consideradas, ou seja, normas de caráter geral, como são as leis complementares, ordinárias, delegadas, as medidas provisórias, os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República.

Nós temos uma dificuldade, por não se incluírem nesse conceito do ato normativo federal os atos secundários produzidos, por exemplo, por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias, instruções normativas. Nós temos muitos casos de provimentos da OAB, que temos dito que não são lei federal, exatamente porque a fonte de competência normativa, legislativa não deriva diretamente da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tinha a Súmula 399, anterior à Constituição de 1988, que dizia que os atos regimentais dos tribunais, os seus regimentos internos não são considerados leis federais. Eu não sei se isso é correto afirmar, depois da Constituição de 1988. Não tive oportunidade de examinar a nossa jurisprudência específica sobre esse assunto, porque não temos muitos casos desses, mas eu não sei se seria correto, porque os tribunais ganharam, com a Constituição de 1988, uma competência normativa importante, e me parece que, quando exercem essa competência normativa naqueles temas admitidos com base na própria Constituição, isso em relação aos tribunais da União, estou falando dos tribunais superiores, dos tribunais regionais federais, tribunais do trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar. Nesse caso, creio que se poderia

hoje, depois da Constituição de 1988, não mais aplicar a Súmula 399 do Supremo.

Também se diz, e o Supremo tem a Súmula 636,⁷ que se aplica perfeitamente ao recurso especial do Superior Tribunal de Justiça, que não se considera ofensa à lei federal ou à Constituição, para esse efeito, quando o exame dessa ofensa depender de exame de legislação de outra natureza. Por exemplo, se para saber se houve ofensa à lei federal for necessário examinar legislação estadual ou municipal. Nesse caso, a ofensa seria indireta; a ofensa direta seria a esses normativos infraconstitucionais e, aí não se admitiria o especial.

O Supremo Tribunal Federal tinha a Súmula 399, anterior à Constituição de 1988, que dizia que os atos regimentais dos tribunais, os seus regimentos internos não são considerados leis federais.

Nós temos também sedimentado que, em recurso especial, não se examina matéria de fato, não se verifica conteúdo de petição ou peças processuais porque isso é revolver um exame, não é fazer juízo sobre lei federal, mas sobre o conteúdo de uma peça processual ou de uma prova. Isso eu deixarei para a parte final da minha exposição, porque não é bem assim. Se chegarmos à conclusão de que estamos diante de um recurso de revisão e não de um recurso de cassação. Esse é o grande dilema que temos de enfrentar.

7 Conflito de lei federal com lei local

Também cabe recurso especial quando o acórdão recorrido “*julgar válido o ato de governo local contestado em face de Lei Federal*”. Até recentemente, até a Emenda Constitucional 45, se não me engano, dizia-se que cabia recurso extraordinário quando o acórdão local julgava válida a lei

7 Súmula 636/STF: “*não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.*”

ou ato de governo local em face de lei federal. Essa competência para julgar válida a lei local em face de lei federal foi atribuída pela Emenda 45 ao recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal) com toda a razão, porque o conflito entre uma lei local e uma lei federal não é um conflito que se resolva à base de direito infraconstitucional. Esse é um conflito constitucional típico, porque envolve o exame das competências normativas que estão na Constituição. Para resolver o conflito entre uma lei local e uma lei federal, não resolvemos isso pelo princípio da hierarquia, porque não existe tal hierarquia, existe a competência legislativa. A Constituição que diz quem é competente para legislar sobre aquela matéria.

8 Danos morais, honorários advocatícios e equidade

Nós temos enfrentado dificuldades no STJ, assim como o Supremo já tinha. Acho que o Supremo resolveu melhor do que o Superior Tribunal de Justiça do ponto de vista técnico, embora essas questões envolvam também um juízo político importante. É a questão de saber se cabe recurso especial, ou não, quando se alega ofensa ao princípio da equidade, especialmente em matéria de valoração de danos morais e, o que ocorre mais frequentemente, em matéria de fixação de honorários advocatícios. Há jurisprudência no sentido de que não se admite recurso especial a não ser que sejam fixados valores extravagantes para mais ou para menos. De qualquer modo, até para saber se houve fixação extravagante, de alguma forma temos que fazer um juízo a respeito.

9 Prequestionamento

Outro problema importante, que está na base dessa questão toda, é o prequestionamento. Prequestionamento significa dizer que a Constituição exige como requisito de admissibilidade, tanto de recurso especial, quanto extraordinário, que o acórdão tenha violado a Constituição ou a lei. Para tanto, é preciso que tenha havido essa violação, que a matéria objeto dessa norma constitucional ou dessa lei federal tenha

sido enfrentada. Não há necessidade de que o acórdão tenha mencionado o texto normativo. É indispensável que tenha havido o enfrentamento daquela matéria.

Se o acórdão não citou o texto normativo, considera-se um prequestionamento implícito, e isso atende ao requisito do prequestionamento. Porém, o recurso tem de dizer qual é a lei federal que foi violada ou qual é a norma federal que foi violada. Isso é um requisito de admissibilidade formal. A parte recorrente tem, assim, de dizer qual é a norma federal ou a norma constitucional que tenha sido violada.

No Superior Tribunal de Justiça acontece seguidamente de se considerar, às vezes, dispensável a indicação da norma federal tida por violada quando o recurso especial é baseado em divergência jurisprudencial. Então se diz que bastaria – acredito que sejam posições minoritárias – indicar o acórdão paradigma que decidiu o contrário, não precisaria explicitamente indicar no recurso qual é o dispositivo federal que está em questão. Eu acho que essa interpretação não tem assento na Constituição.

A Constituição diz que cabe recurso especial, e, no caso da alínea c, diz assim: “quando o acórdão recorrido der a lei federal interpretação divergente.” Então é preciso que o recurso diga qual é a lei federal que foi objeto de interpretação divergente. Não vejo como fugir disso. Esse é o sentido da exigência constitucional.

Temos outras questões envolvendo prequestionamento: a questão de ofensa a preceito normativo federal surgida no próprio julgamento, *error in iudicando*; a questão do direito superveniente, quando há direito superveniente à decisão do acórdão recorrido. Nós, obviamente, não podemos imaginar a exigência de prequestionamento. Isso seria possível examinar no Superior Tribunal de Justiça?

A questão do prequestionamento e a sua harmonização com o princípio *iura novit curia*. A questão mais delicada lá no Superior Tribunal de Justiça, pelo que eu vejo, é o chamado “efeito translativo”, e todos os recursos que, a rigor, têm que é a possibilidade de, no julgamento do recurso, conhecer de matéria que qualquer juiz

pode examinar de ofício. Existe isso nas instâncias extraordinárias?

No meu entender, tanto o exame da prova quanto todas essas questões de prequestionamento, são controvérsias que estão na base daquela crise de identidade que falei no início. Depende, para respondê-las adequadamente, se o recurso especial e o recurso extraordinário são recursos de revisão ou são recursos de cassação. E às vezes nós jogamos em um lado e às vezes nós jogamos no outro; às vezes nós torcemos para o Grêmio e às vezes nós torcemos para o Atlético Mineiro ou para o Cruzeiro. Todos nós temos razão e ninguém tem razão.

10 Exame tripartido dos recursos extraordinário e especial

No meu entender, e deixo aqui como um tema para meditação, nós deveríamos considerar a base do texto constitucional que temos hoje, de que esses recursos, tanto o extraordinário quanto o especial –, ao contrário dos recursos comuns, cujo julgamento é bipartido entre juízo de admissibilidade, oportunidade em que se faz um exame dos requisitos extrínsecos e intrínsecos para julgamento do mérito do recurso –, os recursos extraordinários no Direito brasileiro, na verdade, são tripartidos.

Recurso ordinário reparte em juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Nos recursos extraordinários, no meu entender, a rigor, teríamos que fazer um julgamento tripartido. Primeiro, um juízo de admissibilidade *stricto sensu* – que é comum a todos os recursos. Examinar os requisitos extrínsecos e intrínsecos, tempestividade, pagamento de custas etc. Em uma segunda etapa de julgamento, seria um julgamento de mérito *stricto sensu*, teria por objeto o exame dos chamados “fundamentos vinculados”, ocorrência ou não de violação à interpretação, divergência à lei federal ou de violação à Constituição. Os resultados possíveis: confirmar decisão recorrida, negando provimento; anular a decisão por *error in procedendo* ou reformar a decisão recorrida – eventualmente fazer isso mediante provimento parcial.

Claro que cada uma dessas etapas supõe a superação positiva da etapa anterior. E a terceira etapa, se se der provimento nessa segunda, seria o julgamento da causa propriamente dito. Essa tripartição está muito clara na situação que temos na Constituição e no nosso Regimento Interno. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça diz assim: “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á preliminarmente se o recurso é cabível” – admissibilidade. “Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.”

Essa norma regimental foi inspirada na Súmula 456 do Supremo, que diz a mesma coisa: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.”

Só que temos um contexto histórico importante. O Supremo Tribunal Federal, quando falava em conhecer do recurso, significava um juízo positivo quanto àquilo que chamei aqui de “segunda etapa”, ou seja, quando considerava presente uma ofensa à lei federal ou à Constituição, porque se o Supremo entendia que não havia ofensa à lei federal ou à Constituição, dizia: não conheço do recurso. De modo que esse verbo **conhecer**, na linguagem do Supremo, que foi transposta para o Superior Tribunal de Justiça, tinha um sentido diferente do comum dos requisitos de admissibilidade previstos para os demais recursos ordinários.

Portanto, diferentemente do que ocorre com o comum dos recursos, quando o julgamento é apenas bipartido entre juízo de admissibilidade – que pode resultar em conhecimento ou não conhecimento – e o de mérito – do qual deriva o provimento ou improvimento dos recursos extraordinários – o julgamento comporta três etapas sucessivas, cada qual subordinada à superação positiva da que lhe antecede.

Juízo de admissibilidade, semelhante aos juízos ordinários; juízo sobre alegação de ofensa a direito constitucional ou a direito federal, que, na terminologia da Súmula do Supremo, compunha, conforme já registrado, juízo de conhecimento, e, finalmente, se for o caso, novo julgamento da causa. Essa técnica é muito semelhante ao do

julgamento das ações rescisórias, nas quais, também há, além do juízo sobre os pressupostos e condições da ação, um segundo juízo sobre a rescisão, propriamente dita, e um novo julgamento da causa, se for o caso.

Quero dizer que essa PEC, que o Presidente do Supremo está propondo, aproxima-se disso, de certo modo, resgata isso, embora, a rigor, poderíamos obter esses mesmos resultados da PEC por uma interpretação constitucional, por uma nova visão desses requisitos constitucionais.

11 A PEC dos recursos

O que diz a PEC? A PEC simplesmente propõe que a admissibilidade – esse é o termo que ela usa, poderia dizer a **interposição** – de recurso extraordinário ou especial não inibe o trânsito em julgado da decisão recorrida.

Obviamente que vamos aqui criar muitos problemas, entre os quais saber, tendo havido trânsito em julgado, qual será a decisão objeto de uma eventual futura ação rescisória. No meu entender, nessas matérias objeto de recurso extraordinário ou especial, o próprio recurso já fará esse papel de rescisória, e eu acho que é isso que faz hoje. Mas, de qualquer modo, penso que a PEC até aproxima essa ideia que estou aqui colocando para a reflexão dos colegas.

12 Conclusão

Percebe-se assim como é equivocada a ideia de que há integral interdição ao exame dos fatos e da prova no julgamento do recurso especial extraordinário. A rigor, essa interdição existe apenas em relação à primeira e à segunda etapa do julgamento do recurso. Uma vez superada essa fase, cumprirá ao tribunal julgar a causa aplicando o direito à espécie. Diz assim o nosso Regimento e a Súmula.

Esse é um novo julgamento da causa, que não se faz em ação rescisória, oportunidade em que terá cognição ampla, poderá ter, não somente a respeito das questões de direito constitucional ou federal, mas também na matéria de ordem pública conhecida de ofício, e de todas as demais questões discutidas, sejam de Direito, inclusive de

direito local, sejam de fato.

Se vamos julgar a causa de novo, temos de julgar integralmente, como acontece no recurso de apelação. Quando se considera que um dos fundamentos do recurso é procedente, temos de examinar, por força do art. 515, § 2º, do Código de Processo, todos os demais, isto é, fazer uma reapreciação da causa. No fundo, o modelo imaginado pelo nosso constituinte é esse.

E, para finalizar, é preciso reconhecer que a prática das nossas Cortes Superiores não abona inteiramente o significado da natureza revisional do recurso extraordinário, cuja principal consequência é justamente esta, de, na sua etapa final de julgamento, permitir a ampla cognição de todas as questões postas na causa. Por uma razão ou por outra, quase sempre de ordem prática, e por imposição da descomunal carga de processos submetida à sua apreciação, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça preferem, com muita frequência, recorrer à alternativa – justificável, em alguns casos, mas não em todos – de devolver à origem a apreciação dessas questões, conferindo ao recurso uma natureza muito mais de cassação do que de revisão, o que, a rigor, não é compatível com a Súmula/STF 456, nem com o art. 257 do Regimento Interno.

Essa prática evidencia, no fundo, que não está inteiramente definida em nosso sistema a sua real natureza, se de cassação ou de revisão dos recursos extraordinários.

Essa é a mensagem, Sr. Presidente, que eu gostaria de deixar como colaboração a esse importante evento, com os meus agradecimentos e, mais uma vez, com as minhas homenagens ao grande jurista e Ministro Thompson Flores.

Muito obrigado.